

Teorias da Ação

Autor: Luiz Doria Furquim

Desembargador Federal inativo do TRF 4ª Região

Publicado na edição 28 - 24.03.2009

Introdução

A partir do século XIX, intensificaram-se os estudos doutrinários tendo por temas os institutos do Direito Penal acrisolados hoje na Dogmática jurídica, especialmente correlacionada com a Parte Geral do Código Penal, muito embora, mas em menor escala, abranjam também a Parte Especial, porém, sempre correlacionada com a Parte Geral, posta essa correlação em relevo por juristas pioneiros, principalmente alemães e italianos, como Binding, Pisapia, Grispigni.

Historicamente, a Parte Geral estruturou-se muito tempo depois da Parte Especial; é, a bem dizer, criação da consciência jurídica sedimentada através de tremendas vicissitudes da evolução dessa mesma consciência. Só com o movimento de codificação dos vários ramos do Direito, a partir de fins do século XVIII, é que foram se destacando da casuística da Parte Especial aquelas regras que gravitavam em torno de delitos em espécie e que se destinavam a orientar o entendimento do tipo, quer agravando a pena, quer atenuando-a, quer afastando completamente a punibilidade, como é o caso hoje, das excludentes de criminalidade.

Com o agrupamento das normas de aplicação de normas no frontispício do catálogo de tipos, passando o juiz a poder decidir o caso concreto sem ter de necessariamente comparar os fatos com o tipo descrito de delito, foi possível surgir uma doutrina fechada dessas regras abstratas, que diziam respeito à causalidade, à ação, à tentativa, participação, imputabilidade, responsabilidade, punibilidade,

dosimetria da pena etc. que, afinal, diziam respeito a qualquer tipo catalogado, quer por se referirem ao surgimento de qualquer crime, ou a fases de seu desenvolvimento, quer por se referirem ao autor em si e sua capacidade de ser considerado responsável, sua personalidade, seus antecedentes, etc.

Nexo de causalidade

Uma dessas regras aplicativas era a que definia o nexo de causalidade de qualquer delito.

A formulação de uma regra jurídica sobre o nexo de causalidade não era, todavia, uma necessidade específica do Direito Penal, pois toda causalidade criminal pode ser afinal entendida sem apelo direto à norma penal, bastando que se tenha uma ação ou omissão e/ou resultado relevante.

Ao comentar o artigo 11 do Código Penal de 1940, Basileu Garcia, *in* **Instituições de Direito Penal**, v. I, tomo I, p. 219, identifica no artigo a adoção da teoria da equivalência das condições, que remonta à lógica de Stuart Mill e foi introduzida no Direito Penal por Von Buri. Ora, como a regra serve de orientação para juristas, mas não é uma regra de Direito Penal, poderia ser até mesmo omitida do Código, dando-se mais liberdade aos profissionais do Direito para estudá-la em casa, sem ter de discuti-la, como norma, em qualquer processo, sem embargo de sua comprovada utilidade.

Disse Nelson Hungria, **Comentários**, v. I, tomo I, p. 66:

"A equivalência dos antecedentes causais é um irrefutável dado de lógica, e nada impede que seja reconhecido na esfera jurídico-penal, desde que se não confundam a causalidade objetiva e a causalidade subjetiva (culpabilidade), a *imputatio facti* e a *imputatio juris*. Se o reconhecimento do nexo causal entre a ação ou omissão e o

resultado coincidissem com o juízo de culpabilidade, a teoria da equivalência seria, no terreno do direito penal, evidentemente imprestável, pois autorizaria, para efeito da *imputatio juris* ou da punibilidade, uma regressão infinita às condições antecedentes. No caso de homicídio, por exemplo, não escaparia à sanção penal nem mesmo o fabricante da arma com que foi o crime praticado.

A teoria em questão é a preferível dentre todas as formuladas sobre a causalidade física, pois serve a uma solução simples e prática do problema. À pergunta 'quando a ação ou omissão é causa do resultado?', ela responde de modo preciso e categórico: a ação ou omissão é sempre causa quando, suprimida *in mente* ('processo de eliminação hipotética', na frase de Thyren), o resultado *in concreto* não teria ocorrido. Mas a causalidade física não é, nem podia ser, o único pressuposto da punibilidade; acha-se esta, igualmente, subordinada à culpabilidade do agente.

Após a averiguação de um evento penalmente típico na sua objetividade, tem-se de apurar não somente se foi causado por alguém, mas, também, se o agente procedeu dolosa ou culposamente. O requisito da culpabilidade é, sob o prisma jurídico-penal, um corretivo à excessiva amplitude do conceito de causa (no sentido puramente lógico). Assim, no exemplo acima figurado, o fabricante da arma ofensiva não é penalmente chamado a contas pelo resultado 'morte', pois este não lhe pode ser psiquicamente imputado a título de dolo ou culpa."

Meditando sobre esse tópico de nosso penalista máximo, fácil é verificar, entretanto, que ele exigiu demais de uma simples regra de causalidade, pois uma definição de nexo de causalidade que satisfaça às ciências naturais não tinha o escopo de englobar os elementos do próprio delito, valorações que só ao Direito Penal cumpria definir.

A crítica, entretanto, não procede, e se constata trazendo à

colação preciosos comentários de A. J. Costa e Silva, **Código Penal**, 1943, p. 63 e segs. Esse jurista informa que o projeto de que resultou o Código brasileiro

"entendeu de formular, no art. 11, um dispositivo geral sobre a imputação física do crime. Apresenta-se aqui o problema da causalidade, em torno do qual se multiplicam as teorias. Ao invés de deixar o problema às elucubrações da doutrina, o projeto pronunciou-se *expressis verbis*, aceitando a advertência de Rocco ao tempo da construção legislativa do atual Código italiano: '*...addossare la responsabilità della risoluzione di problemi gravissimi alla giurisprudenza è, da parte del legislatore, una vegliaccheria intellettuale*'. (Lav. prep. IV, 2º, 117)" [...atribuir a responsabilidade da solução de problemas gravíssimos à jurisprudência é, da parte do legislador, uma velhacaria intelectual.]

Como o testemunha Costa e Silva, o projeto brasileiro preocupou-se com as velhacarias que se perpetravam na vigência da Consolidação das Leis Penais, que, "no capítulo do homicídio, reproduziu a velha teoria que distinguia vários graus de letalidade das lesões – letalidade absoluta (art. 295), individual (§ 1) e acidental (§ 2)."

E prossegue o grande penalista descrevendo o quadro sombrio encontrado pelos autores do projeto: "Restringiu por esse modo, arbitrariamente, a ideia da causalidade. E só a regulou com referência a uma figura criminosa (o homicídio doloso)". (A. J. Costa e Silva, ob. cit. p. 70)

Essa era a situação quando o Código foi aprovado: tínhamos de extirpar uma aberração jurídica que era a graduação da letalidade, que figurava como regra de causalidade e que, na verdade, só tinha, e mal, regulado a causalidade no homicídio. Foi providencial à época, muito embora perfilhasse o nosso código uma posição do projeto italiano que sequer seguiu fielmente qualquer das teorias aventadas

na doutrina, como "o censurou Delitala em parecer sobre o projeto Rocco, por não se exprimir inequivocamente acerca do ponto de vista preferido". (A. J. da Costa e Silva, ob. cit. p. 69)

Mesmo assim, foi a introdução da definição festejada como, sob o aspecto científico e político-criminal, muitíssimo mais perfeita. "Estabelecida na parte geral, a noção da causa se aplica a todos os crimes em que o resultado (evento) se destaca da atividade do agente." (A. J. Costa e Silva, ob. cit. p. 70)

Desde o início, portanto, já se apontava a exclusividade da definição aos crimes de resultado. Mas já era um alívio ter-se escapado da tirania da graduação da letalidade das lesões como definição de nexos de causalidade!

Embora mais qualitativamente, também na Itália o projeto lutava contra confusões do nexos com problemas de responsabilidade, como nos dá conta A. J. Costa e Silva:

"Referindo-se ao código do seu país, diz De Marsico: *'Sopprimendo la graduazione della responsabilità, il Codice attua una più energica prevenzione contro la delinquenza, e si sottrae a quella deformazione del concetto di causa nella quale tale graduazione se traduce'* (Dir. Pen., p. 461)" [Suprimindo a graduação da responsabilidade, o Código atua uma mais enérgica prevenção contra a delinquência e se subtrai àquela deformação do conceito de causa na qual tal graduação se traduz], cita A. J. da Costa e Silva, ob. e lug. citados.

Então, no Brasil, graduação da letalidade das lesões, na Itália, graduação da responsabilidade à guisa de regra de causalidade, esses eram os fantoches que urgia afugentar, o que foi feito por meio dessa adoção da teoria da equivalência das condições, da lógica de Stuart Mill.

Era, pois, evasiva a crítica de Hungria, como acima, pois a regra apareceu no código dos dois países para apaziguar ânimos, restabelecer a ordem nos tribunais, tiranizados e infestados de falsos juristas, advogados aproveitadores, que exploravam pontos fracos da codificação, em benefício da impunidade e contra a escorreita aplicação do Direito.

Não merecia, pois, aquela norma, que ainda hoje perdura no art. 13 do CP de 1984, sem a mais leve alteração, apesar dos acréscimos regulando a omissão, crítica tão superficial de Hungria, que lhe imputou lacuna a ser corrigida pela culpabilidade, como se fosse esta mera "causalidade psíquica", e não elemento do crime ao lado da antijuridicidade. A regra da causalidade não viera para definir o crime em todos os seus elementos – antijuridicidade, culpabilidade e tipicidade –, portanto, nenhuma "correção" merecia ou merece para desempenhar o papel de sempre: clarificar a situação de fato e sua autoria em vias de receber juízos de antijuridicidade e culpabilidade. Se se pode apontar algum defeito à formulação da regra da causalidade é o de referir-se, ao que parece, com exclusividade, aos crimes em que há um resultado que integre o tipo, silenciando acerca dos crimes de mera conduta, em que da ação ou omissão não decorra qualquer resultado tipicamente relevante.

Mesmo assim, a introdução da regra do nexo de causalidade foi marco de acirrada e infundável polêmica em todos os países ocidentais, e ela passou a lavrar, felizmente, no plano mais elevado da Dogmática jurídica, uma vez que o problema da causalidade integrava, na base, um complexo maior de problemas da conduta punível.

Acima de tudo, a partir dela, mas transcendendo-a, adquiriu foros de doutrina da ação como conceito angular da dogmática jurídico-penal o somatório das teorias que buscavam justificar a presença da ou de uma regra sobre o nexo de causalidade no Código.

E, como quem discute a causa do crime discute a ação humana que o produziu, nasceu a doutrina da ação como conceito angular e pré-jurídico do edifício da dogmática jurídico-penal.

E tal como a teoria da equivalência das condições a teoria da ação jamais obteve consenso em doutrina, integrando a história da dogmática do Direito Penal sem encabeçá-lo, limitada que se achava a servir de ponte estendida sobre o mar revolto de uma fenomenologia apenas propedêutica.

Teoria naturalista

Em sua notável dissertação de livre docência, **Conduta punível**, 1961, a única no Brasil até hoje a expor uma a uma as teorias sobre a ação, com fartas referências ao original das obras consultadas, Heleno Cláudio Fragoso, após advertir que os clássicos não se ocuparam em analisar e precisar o conceito de ação, inicia sua dissertação com a exposição da teoria naturalista, concepção que remonta à obra de Liszt e Beling e que se difundiu largamente, penetrando na doutrina italiana e nos setores influenciados por esta, especialmente na América Latina. Diz que, segundo eles,

"se deve entender por ação um comportamento corporal (fase externa, objetiva' da ação), produzido pelo domínio sobre o corpo (liberdade de enervação muscular, 'voluntariedade', fase interna, 'subjativa' da ação); isto é, um comportamento corporal voluntário, consistente já em um 'fazer' (ação positiva), ou seja, um movimento corporal, por ex., levantar a mão, movimentos para falar, etc., já em um 'não fazer' (omissão), isto é, distensão dos músculos."

O crime seria sempre uma modificação do mundo externo material, perceptível através dos sentidos, embora pudesse não ser visível. Nos delitos de palavras, o movimento de

vibrações do ar e de processos fisiológicos no sistema nervoso do ofendido passavam por preencher de modo acabado o conceito de ação.

Contra essa teoria objetou-se: abstração de fatos insustentável porque esquece o essencial na conduta, valorando como ilícito a simples relação causal. Ademais, a omissão é uma não-causação, o oposto à ação. Dificuldades na inclusão dos crimes culposos e da omissão. Radbruch se insurgiu dizendo que um conceito superior de comportamento não poderia compreender Posição e Negação (A e não-A) (ação e não-ação). Graf zu Dohna, que define ação como vontade objetivada, concluía que "a única possível forma de culpa da ação é o dolo, afirmando que não há culpa, *stricto sensu*, em sentido naturalístico ou psicológico, mas somente em relação a uma norma." (Heleno, ob. cit. p. 10) Enfatizava a dificuldade de se incluir no conceito a ação culposa, acrescentamos nós.

Informa Heleno que

"O conceito naturalístico está hoje abandonado pelos autores na Alemanha, os quais sustentam uma concepção normativa (social) ou finalista da ação. Na Itália, porém, muitos são ainda partidários da teoria naturalística, o que ocorre também entre nós." (ob. cit. p. 11)

Teoria normativa

Heleno faz uma resenha sobre a teoria sintomática, que se opôs à naturalística, afirmando ser a ação um simples indício ou sintoma da personalidade do agente (Ferri, Tesar), pois em todo delito, diz Ferri, "existe um aspecto causal (bem jurídico ofendido ou posto em perigo) e um aspecto sintomático (periculosidade de seu autor), revestindo este último uma importância prevalente", sendo a potencialidade ofensiva do sujeito distinta da gravidade do delito e justificante da prevenção especial que propugna.

Expõe objeções de Rocco (incerteza dos sintomas) e Mezger (critério não adotado pelo direito positivo) e faz a sua própria (teoria da ação resulta do direito positivo e teoria sintomática só pode ser considerada no campo da Política Criminal).

Em seguida, expõe a teoria normativa, que, partindo da filosofia dos valores, define a ação como sendo um conceito de valor e finalístico, que não se esgota numa simples posição de causa. Interessa como fenômeno social. A modificação do mundo exterior passa a um plano secundário, adquirindo importância a valoração da conduta no meio social ou no campo do direito. Há duas tendências: 1) a valoração da conduta é dada pelo meio cultural e 2) a valoração é dada pelo Direito. Cita, como expoente máximo dessa última tendência, Binding (ação nada mais é do que realização de vontade juridicamente relevante; conceito de ação da linguagem comum nem sequer existe). Acentua-se o conteúdo finalístico da conduta: para que se possa reconhecer uma modificação do mundo exterior é necessário invocar certos valores sociais na apreciação do fato.

Respondendo à objeção de Radbruch e sustentando a unidade do sistema, Mezger afirma que o fazer e o omitir puníveis não são só conceitos contraditórios de um suceder externo, mas também conceitos referidos a um valor. Apresentam características positivas comuns e especialmente a de serem, tanto a ação como a omissão, condutas humanas valorizadas de determinada maneira. Portanto: Posição (Pe) e Negação (Ne), com determinadas propriedades, de sorte que é possível a existência de um conceito superior (Oe) que é precisamente a ação em sentido amplo.

Críticas: a) é imprescindível que o legislador tome em consideração certos elementos naturalísticos básicos; b) o conceito normativo não corresponde às necessidades do

direito vigente, não pode desempenhar sua função como fundamento geral do crime; c) o que se busca é um conceito de ação, e não o de ação punível; d) a valoração só é necessária para afirmar a ilicitude, e a conduta é o elemento objetivo básico e precisamente o objeto do juízo de valor.

Consignemos, abrindo um parêntesis na exposição de Heleno, que o representante dessa teoria, Mezger, procurando situar-se a meio caminho da teoria naturalística e da finalista da ação, logrou grande repercussão e aceitação para sua concepção de elemento subjetivo do injusto, formulação mais adequada para identificar em certos tipos penais elementos de uma conduta não naturalísticos, de transcendência subjetiva, tais como "maliciosamente, com aleivosia, astúcia, meio cruel, lascívia, traição do dever", etc. e que, referindo-se embora ao ânimo do agente, não se identificam com o seu dolo, posto que se projetam na ação e a tipificam objetivamente. A doutrina italiana, a esse propósito, denomina esses tipos como "*fattispecie soggettivamente pregnante*" (tipo prenhe de significados subjetivos).

Teoria finalista

A teoria da ação esteve por muito tempo condicionada a pressupostos culturais do velho positivismo naturalístico, inicia Welzel sua exposição. Ela reduzia toda a realidade às relações externas entre as coisas, transportava ao campo das ciências do espírito os critérios e métodos das naturais. Reduzia a atividade do espírito a uma espécie de mecânica mental, fazendo dele pura receptividade (Maurach). A t. normativa é puramente um complemento da t. naturalística, pois insiste no ponto de vista causal, separando o conteúdo e significado do querer como pertencente exclusivamente à culpabilidade.

Postulado básico da nova teoria: o conteúdo da vontade integra o conceito de ação. Não há querer humano sem

finalidade; o dolo é parte subjetiva da ação. Mas aqui é o que se tem chamado de dolo natural, a simples direção da vontade, sem conteúdo de reprovação ético-jurídica. A possibilidade de querer não depende da imputabilidade.

A palavra dolo, por envolver ideia de valoração jurídica, é inadequada no caso, sendo empregada na falta de outra. À culpabilidade ficam reservados apenas o juízo de reprovação com a afirmação da consciência da ilicitude da conduta, efetiva ou potencial.

A teoria finalista é um termo avançado do desenvolvimento da dogmática. O inicial foi a descoberta dos elementos subjetivos do injusto, destruindo a harmonia do esquema de Beling.

Há que se reconhecer que as ideias revolucionárias da Escola de Kiel, acentuando o aspecto subjetivo do crime com o Direito Penal da Vontade, tão do agrado do regime político vigente na Alemanha à época do nazismo, jogaram para um plano secundário o sentido clássico de causação de ofensa a um bem ou interesse jurídico. De qualquer forma, acabou o primado incontrastável da concepção causal da conduta punível, com a obra de Hellmuth Weber e Hellmuth Mayer. Distinguiram eles entre figuras de delito em que a descrição do comportamento antissocial se faz em tipos que expressam uma atividade causal e tipos que expressam uma atividade final, tomando o legislador em consideração a vontade do agente, e não um resultado, chegando assim a um duplo conceito de comportamento. Introduziu-se assim a dicotomia Direito Penal do resultado e Direito Penal da vontade.

Insurgiram-se assim contra o que H. Mayer chamou de dogma causal, ao fundamento de que muitos tipos não são suscetíveis de serem compreendidos como simples processos de causação do resultado (ex. crimes comissivos por omissão, fugindo da concepção de um protótipo de

delito como sendo a produção pelo agente de uma modificação no mundo exterior).

Constituem uma lei estrutural do Ser e do comportamento humano os conceitos ontológicos de finalidade e causalidade (Welzel). Ação é acontecimento final, e não apenas causal. A finalidade funda-se no fato do conhecimento causal do homem (consequências, extensão, diversidade de fins, planejamento, etc.). Finalidade vê, causalidade é cega. A t. naturalística destrói a estrutura ontológica da ação, pois o dolo não pode ser separado do acontecimento externo, pois pertence a ele como fator próprio finalístico que lhe dá forma. Simples voluntariedade não basta, pois esta não compreende inteiramente a ação como fenômeno social.

Dificuldades surgiram quando Welzel procurou subordinar a ação culposa e a dolosa ao conceito geral de ação finalística, pois a ação culposa não é dirigida a um fim injurídico. Welzel tentou resolver assim: nos crimes dolosos, a finalidade é atual, ao passo que, nos crimes culposos, é potencial, pois podem ser evitados através de atividade finalística.

Essa concepção foi objeto de críticas irresponsáveis: ação culposa, qualificada pela finalidade como potencialmente evitável, envolve, desde logo, um juízo sobre a culpabilidade; juízo de evitabilidade implica de pronto em uma valoração, de tal modo que não é possível separar a culpabilidade da antijuridicidade.

A reação dos finalistas foi evasiva: Busch chegou a afirmar que os crimes culposos, tanto do ponto de vista dogmático como do da Política Criminal, constituem corpos estranhos no D. Penal. Germann: abandone-se a culpa *stricto sensu* como forma de culpabilidade; passem os culposos a ser crimes dolosos de perigo ou limitados a meras contravenções.

As críticas, seríssimas, foram acolhidas afinal pelos próprios

partidários da teoria finalista.

As objeções mais comuns são no sentido de que a teoria finalista não corresponde ao direito positivo e também que torna impossível uma concepção unitária da culpabilidade.

Refere Heleno que se trata ainda de uma doutrina em elaboração (escreve em 1961), representando uma vigorosa corrente da doutrina penal moderna, que oferece solução sedutora para muitos árduos problemas. Refere Bettiol, em cuja obra encontraram eco as ideias dos finalistas, que ele não ousou atravessar o Rubicon, introduzindo o conteúdo da vontade na teoria da ação.

Com o título e subtítulos abaixo, publicamos no nº 70 da Revista Justitia, órgão do Ministério Público Paulista, um artigo visando à divulgação da conceituação básica da proposta dogmático-pré-jurídica dos partidários do finalismo, procurando facilitar o encaminhamento do problema com fins didáticos e, o mais possível, isentos de posicionamentos peremptórios.

“ROTEIRO DA DOUTRINA DA AÇÃO FINALISTA

1 Introdução

Toda ação é finalista. A causalidade humana é supradeterminada pela finalidade, que é representada mentalmente por antecipação. A doutrina causal da ação não leva em consideração, apesar de referir-se à voluntariedade, o aspecto subjetivo do fim proposto pelo agente. A causalidade, portanto, é cega, a finalidade é vidente. A inclusão da voluntariedade na ação não basta para se distinguir quando uma ação é relevante penalmente em meio à generalidade das ações, indiferentes penalmente. A doutrina causalista, considerando um simples querer algo, não é válida para o Direito Penal, que, pressupondo a estrutura ontológica da ação, considera a voluntariedade

como um querer um fim e um fim proibido. Imprescindível, dadas as estruturas da matéria da regulamentação jurídica (estruturas lógico-objetivas), uma ação humana causal que esteja supradeterminada finalisticamente no seu curso. Por isso a doutrina causalista, que separa a vontade da representação mental antecipada, entendendo que esta é mero 'reflexo' a ser considerado no plano da Culpabilidade, não proporciona um conceito de ação penalmente relevante. Tanto o legislador quanto o juiz estão vinculados à estrutura final da ação porque 'as normas do Direito não podem ordenar ou proibir meros processos causais, mas somente atos dirigidos finalmente (por conseguinte, ações) ou a omissão de tais atos'. (Welzel, **O Novo Sistema do Direito Penal**, Uma Introdução à Doutrina da Ação Finalista, p. 14) (Versão castelhana de José Cerezo Mir, Barcelona, 1964)

2 A Antijuridicidade

A antijuridicidade se distingue do injusto porque aquela é um juízo desvalorativo objetivo de caráter geral e este é a própria conduta antijurídica, um conceito substancial. A antijuridicidade é a mesma em todos os ramos do Direito, mas o injusto penal é específico, tanto quanto o injusto civil, administrativo, etc. 'O tipo é a descrição concreta da conduta proibida (do conteúdo, ou da matéria da norma), uma figura puramente conceitual' (Welzel, ob. it., p. 47).

Não há tipos antijurídicos, mas realizações antijurídicas de tipos, pois somente a conduta que realiza um tipo, na ausência de normas permissivas, pode ser contrária ao Direito.

3 O injusto

'O injusto é injusto de uma ação referido ao autor, é injusto pessoal' (Welzel, ob. cit. p. 67). Ele não se esgota na causação do resultado (lesão do bem jurídico). O fim proposto pelo agente aparece novamente no conceito do injusto, pela sua referência ao autor, ligado a sua obra. O

resultado é eventual em relação ao injusto. Daí que o injusto seja desvalor de ação, e não desvalor de resultado. Isso é válido para todas as formas de realização do tipo, inclusive para os delitos culposos e omissivos.

O desvalor do resultado pode faltar, sem que desapareça o desvalor da ação, pois o injusto, repita-se, é pessoal. Daí que toda a antijuridicidade penal seja também subjetiva, e a culpabilidade, normativa.

4 A ação dolosa

O tipo fundamental de injusto é o doloso. O delito culposos não pertence à mesma categoria, não podendo subsumir-se a um conceito genérico superior conjunto, dado que o delito culposos, consistindo em uma lesão de diligência objetiva (norma não escrita), não prescinde de características normativas para completar a ação com u'a 'medida mínima de finalidade imposta e possível' infringente da norma, pela sua ausência. Sobre isso falaremos mais adiante, quando tratarmos do delito culposos. Também na omissão própria, que se aproxima do delito culposos pela construção. Na omissão imprópria, ao contrário, a finalidade está proibida, e o desvalor da ação negativa decorre da posição do agente, como garante.

Para deslocar o dolo da culpabilidade para a ação, argumenta Welzel que, se o mesmo é decisivo para se ter uma tentativa (idônea ou inidônea), não se compreende porque, uma vez consumado o delito, seja ele separado da ação. Afirma o autor que essa é a prova de que o dolo é elemento da ação, e não da culpabilidade, e que a doutrina anterior (Mezger e outros), ao reconhecer a tentativa como elemento subjetivo do injusto por excelência (recorde-se a evolução do tipo estritamente objetivo idealizado por Beling para o tipo com conteúdo legal de elemento subjetivo do injusto, que, verificou-se estatisticamente, constitui esmagadora maioria nos modernos códigos penais

ocidentais), admitiu expressamente que o dolo pertence ao 'tipo de ação'. Ora, prossegue o Professor da Universidade de Bonn, se o dolo pertence à ação típica e esta é um elemento do 'tipo do injusto' (o que ninguém contesta), o dolo tem, necessariamente, de ser um elemento do tipo de injusto (Welzel, ob. cit. p. 64). Para se concluir pela existência de homicídio doloso, lesões corporais com resultado de morte ou homicídio culposos, afirma Welzel, o dolo decide, por ser elemento constitutivo do tipo (ob. cit. p. 63). Se fosse o resultado que decidisse da existência de homicídio doloso, afastando-se a lesão corporal com resultado de morte, o dolo não teria função no primeiro tipo, a despeito de que é o 'subjetivo', como o reconhece a doutrina dominante, que estabelece a diferença entre os dois. Outras provas extrai ele do ânimo de lucro em certos delitos, que não surgem de uma lesão causal cega da posse, mas somente de uma ação de apropriação.

5 A ação culposa

Nos delitos culposos, por força mesmo da concentração de críticas a este setor da doutrina finalista em sua primeira versão, Welzel elaborou uma sistemática interessante, superior mesmo em certos aspectos à tradicional, que, insistindo num conceito unitário de culpabilidade, cai em contradições e deixa o campo aberto à proliferação de polêmicas infundáveis.

Tomando-se por base o conceito de ação exposto acima, deve-se ressaltar que a finalidade aqui não é real, mas é imposta pela norma para que o agente, sempre que possível, a realize, evitando o resultado.

O resultado, porém, não faz parte da ação, porque esta possui desvalor próprio, e aquele cumpre uma função de mera seleção das ações típicas. Neste ponto, Welzel é criticado por outro finalista, Maurach, que inclui o resultado no desvalor da ação. Essa divergência, porém, não é

considerada particularmente importante em relação à tese finalista propriamente dita. A resposta de Welzel é que o desvalor da ação independe do resultado e que este não pertence à ação, constituindo-se em um elemento adicional previsto no tipo. Por isso o desvalor da ação não aumenta nem diminui com a presença do resultado, eis que se inclui naquele a própria lesão de diligência objetiva.

Doutrina Welzel, formulando exemplos, que o momento do juízo de adequação de uma conduta conforme ao dever de cuidado é o começo da ação e quando se considera que esta põe em perigo um bem jurídico se procede a um segundo juízo de adequação, que tem por base o momento em que o bem jurídico entra no raio de eficácia da ação (ob. cit. p. 77). Assim, se na primeira fase o juízo de adequação for desfavorável, existe a lesão objetiva de diligência mesmo que não sobrevenha o resultado, desinteressando-se o legislador, no campo penal, da punibilidade, sem prejuízo das contravenções policiais, uma vez que, seguindo o princípio da responsabilidade, não estende excessivamente o dever de responder o agente pelos perigos possíveis. Inversamente, se, na primeira fase do juízo de adequação, este for favorável, o resultado superveniente não se segue a uma lesão objetiva de diligência, inexistindo infração culposa, uma vez que a ação é valiosa, socialmente adequada.

No que concerne à finalidade da ação, não é ela ilícita, pois o que é ilícito é a sua não-realização quando possível e exigível. Como acima se esclareceu, o agente, para a doutrina finalista, tem o domínio finalista do fato, ou seja, supradeterminação finalista da causalidade. Não havendo ele concretizado a medida mínima de direção finalista exigida pelo Ordenamento num caso dado, suficientemente a evitar uma lesão objetiva de diligência, torna-se passível de pena, segundo o critério da evitabilidade finalista possível.

A culpa é definida como 'lesão reprovável da diligência objetivamente necessária no intercâmbio' (Welzel, **Derecho Penal**, 1956, p. 146). É incompatível com o critério do homem médio, pois é imprescindível configurá-la numa situação determinada, já que, nos delitos culposos, a ação típica não está definida na lei, devendo os tipos serem completados pelo juiz (tipos abertos). Para que a conduta seja considerada adequada ao Direito, 'deve coincidir com a que seguiria um homem inteligente e prudente na situação do autor'. Uma conduta arriscada não é em si mesma imprudente, pois tal equivaleria a condenar toda atividade industrial, comercial, etc., necessária para o progresso social, a uma paralisação indesejável. Adota-se, por conseguinte, a teoria do risco permitido, isto é, adequado socialmente.

6 A culpabilidade

A culpabilidade cumpre uma função valorativa, convertendo em delito a ação antijurídica. O seu caráter específico consiste numa dupla relação entre **dever** (*Sollen*) e **poder** (*Können*). Tanto a vontade como a totalidade da ação podem ser qualificadas de culpáveis. O juízo de reprovabilidade formalmente assim se expressa: a ação narrada não **devia** ser antijurídica porque **podia** ser conforme ao Direito. Somente é declarado culpado aquele que, na situação concreta, **podia** ter agido corretamente, e, assim, o atuar do agente não **devia** ser antijurídico. O dolo, que constitui o tipo de injusto pessoal, é o **objeto** da valoração (reprovabilidade) normativa que se faz no plano da culpabilidade. Reprova-se ao autor, pessoalmente, o seu dolo, constatado uma vez que se conheça a tipicidade da ação. Na culpabilidade se examina a medida da reprovabilidade pessoal do dolo e dos demais elementos subjetivos do tipo (intenções, etc.) (Welzel, ob. cit. p. 101). A reprovabilidade se constitui de elementos, intelectuais e volitivos. Os primeiros consistem no exame da situação concreta para indagar de todas as circunstâncias externas e

internas que influíram na resolução da vontade antijurídica. O seu tema é a cognoscibilidade da realização do tipo. Os últimos consistem no exame da exigibilidade da obediência ao Direito. Com o juízo de reprovabilidade, declara-se que o agente, imputável, podia, concretamente, autodeterminar-se conforme o sentido favorável à conduta jurídica, e este é o elemento mais importante do juízo ao qual se subordinam os elementos intelectuais.

Uma exceção é aberta pelo legislador em consideração à debilidade humana: o estado de necessidade. Aqui a ação permanece antijurídica, mas não se pode pronunciar juízo de reprovabilidade porque não é exigível (*Sollen*) o comportamento conforme ao Direito, dado que o agente não podia (*Können*), na situação concreta, agir conforme a norma. Quanto às justificativas (legítima defesa, etc.), não excluem o dolo, que é elemento da ação, permanecendo intacto o tipo, que, entretanto, não está proibido, em virtude de preceito permissivo excludente da antijuridicidade. A imputabilidade, capacidade de culpa, não é suscetível de percepção, pois consiste na própria subjetividade do sujeito, cuja autodeterminabilidade é pressuposto existencial da reprovabilidade. Os inimputáveis, porém (menores, amentais, etc.), possuindo vontade, podem supradeterminar finalisticamente a causalidade, isto é, são capazes de dolo, o que é também mais uma prova de que à ação típica pertence esse elemento. Nesse ponto, Grispigni, que não é finalista, está de acordo, tendo mesmo, em sua juventude, publicado monografia a respeito (Vide *La Sistemática Del Reato nella piú recente dottrina tedesca*, em apêndice ao **Diritto Penale Italiano**, v. II, p. 306).

Dessa forma, o normativo está na culpabilidade, o subjetivo está no tipo. O dolo está no tipo, porque é subjetivo (***dolus naturalis***) e, pois, é objeto do normativo, que é a reprovabilidade, juízo constitutivo da culpabilidade.

7 A consciência da antijuridicidade

Quanto à consciência da antijuridicidade, o finalismo inscreve-a no juízo de reprovabilidade, possibilitando a graduação da gravidade, segundo o maior ou menor conhecimento da antijuridicidade. Distinguem-se nesse elemento intelectual da reprovabilidade os conceitos de erro sobre o tipo e erro de proibição, abandonada a tradicional distinção entre erro de fato e erro de direito, por ser falsa, reconhecendo-se-lhe utilidade meramente histórico-evolutiva.

O erro de tipo, que exclui o dolo, recai sobre uma circunstância do tipo legal, podendo o agente ser punido a título de culpa. O erro de proibição incide sobre a antijuridicidade do fato, com pleno conhecimento da realização do tipo, subsistindo o dolo. É o caso de quem, conhecendo bem as circunstâncias do fato, desconhece, todavia, a norma que o proíbe, ou não a conhece bem, interpretando mal ou ainda supondo erroneamente que concorre uma causa de justificação. Portanto, esse erro exclui a reprovabilidade se for desculpável ou apenas a diminui. Nesse último caso, a reprovabilidade se baseia no “caráter vencível” do desconhecimento da proibição, pois o agente ‘podia’, com algum esforço da consciência, assegurar-se da antijuridicidade penal mediante a própria reflexão.

Inútil seria insistir-se na classificação doutrinária de erro de fato e erro de direito, pois há erros de direito que são de tipo (ex.: o erro sobre os caracteres normativos do tipo – coisa alheia) e erros de fato que são erros de proibição (ex.: suposição errônea de existência de causa de justificação – legítima defesa putativa).

Como variedade do erro de proibição, cita-se o erro sobre a validade de uma norma de Direito Penal (diferente do erro sobre o conteúdo da norma). Neste caso, o agente conhece

a proibição mas acredita que não seja válida, digamos, por inconstitucional. Pode ser desculpável ou indesculpável, uma vez que o agente, frise-se, conhece a antijuridicidade do fato. Outra variedade do erro de proibição é o erro de subsunção (erro sobre a lei penal ou âmbito dos conceitos legais), que, quando afeta tão somente a punibilidade de uma conduta, é irrelevante (ex.: o agente crê que um semovente não se acha incluído no conceito de 'coisa móvel' ou que o dano não se perfaz com a mera inutilização da coisa, sem a sua destruição, pois não duvida, pelo menos, da ilicitude civil de sua conduta). Mas, se o erro de subsunção impede o agente de conhecer a antijuridicidade da sua conduta, é de erro de proibição que se trata e é ele relevante.

O erro de subsunção difere do erro de tipo, por cogitar-se neste de uma circunstância do tipo e naquele de um conceito jurídico. Entra em jogo o significado material da circunstância do tipo, mormente quando há nele caracteres normativos, cujo conhecimento é necessário ao dolo.

8 Exigibilidade da obediência ao Direito

Os elementos intelectuais da reprovabilidade, acima analisados, devem estar subordinados ao volitivo, que é a exigibilidade da obediência ao Direito. Esta surge com a possibilidade concreta do agente, imputável, de poder decidir-se de acordo com o conhecimento do injusto. Com isso completa-se o juízo de reprovabilidade, mediante a articulação de poder autodeterminar-se o agente em um sentido favorável à conduta jurídica e dever autodeterminar-se nesse sentido. Daí não haver crime quando falte culpabilidade. Há situações, como o estado de necessidade, em que há esse **poder**, mas não o **dever**, pois o Direito, no interesse da vigência das normas e atendendo à debilidade humana, traça aquele limite. Maurach, em sua doutrina da 'responsabilidade pelo fato', trata com independência, ao da antijuridicidade e da culpabilidade, a inexigibilidade da

NOTA: Neste artigo, procuramos expor os pontos de maior relevo da doutrina da ação finalista, em que, pela originalidade ou divergência que apresenta em face à doutrina dominante, ela se torna digna de figurar com destaque na linha de evolução da dogmática jurídico-penal. Assim o fazendo, abstinemo-nos de opinar sobre as controvérsias que se manifestam óbvias, o que seria tarefa mais extensa e profunda, que refoge dos limites traçados para o presente trabalho.

Finalmente, cumpre assinalar que, tratando a doutrina da ação finalista da dogmática do delito, e não da exegese de dispositivos legais, a entrada em vigor de um novo código penal em nada alteraria os dados do problema, que se coloca em termos de princípios e conceitos de validade ultralegal."

Encerramento

Cumpre examinar se houve novas concepções dignas de menção e se lograram superar a polêmica que parece infundável entre finalistas e tradicionalistas e/ou normativistas. Fica uma resenha das ideias desenvolvidas para uma posterior exposição.

Bibliografia (resumo)

Sem dúvida, há extensa bibliografia a respeito, porém, na maior parte, em língua estrangeira: espanhol, italiano, alemão.

Sobre a teoria finalista, parte da bibliografia consultada está indicada pontualmente em meu artigo "Roteiro da doutrina da ação finalista", no nº 70 da **Revista Justitia**, 3º trimestre de 1970, p. 239/244.

Consultem-se

ainda:

- Hans Welzel, **La Teoría de la Accion Finalista**, Depalma, Buenos Aires, 1951;
- **El Nuevo sistema del Derecho Penal, una introduccion a la doctrina de la acción finalista**, Barcelona;
- **Derecho Penal**, parte general, Depalma, Buenos Aires, 1956;
- Richard Busch, **Modernas Transformaciones en la Teoría del delito**, Temis, Bogotá, 1970;
- Reinhart Maurach, Os caminhos do Direito Penal alemão ao projeto de 1960, in **Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a Nelson Hungria**;
- Sérgio Politoff, **Los elementos subjetivos del tipo legal**, Editorial jurídica de Chile, 1965;
- Francesco Antolisei, **II Rapporto di causalità nel diritto penale**, Torino, ristampa, 1934;
- Heleno Cláudio Fragoso, **Conduta Punível**, Bushatsky, 1961;
- A. J. Costa e Silva, **Código Penal**, São Paulo, 1943;
- Nelson Hungria, **Comentários ao Código Penal**, v. I, tomo II, Forense, 1958;
- Basileu Garcia, **Instituições de Direito Penal**, v. I, tomo I;
- Reinhart Maurach, **Tratado de Derecho Penal**, Ariel, Barcelona, 1962;

- Edmund Mezger, **Derecho Penal**, libro de estudio, Buenos Aires, 4. ed.;
- Graf zu Dohna, **La Ilícitud**, México, 1959;
- Wilhelm Gallas, **La Teoría del delito en su momento actual**, Barcelona, 1959;
- G. Domenico Pisapia, **Introduzione alla parte speciale del Diritto Penale**, Giuffrè, 1948;
- Juan Bustos Ramirez, **Culpa y Finalidad**, editorial jurídica de Chile, 1967;
- Fontán Balestra, **El elemento subjetivo del delito**, Depalma, 1957.

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023: 2002/ABNT):

FURQUIM, Luiz Doria. *Teorias da Ação. Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: < http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/Luiz_Furquim.html > Acesso em: 20 ago. 2009.